Doutrina

DISPENSA ARBITRÁRIA E FGTS NA NOVA CONSTITUIÇÃO (*)

JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA (**)

1. DISPENSA ARBITRÁRIA E INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. Um só e mesmo conceito?

A nova Constituição, em seu Art. 7.º, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros, o direito a "relação de emprego protegida contra **despedida arbitrária ou sem justa causa**, nos termos de **lei complementar**, que preverá **indenização compensatória**, dentre outros direitos".

Não há, como se vê, referência à estabilidade no emprego e se fala em "indenização compensatória" para a despedida arbitrária e não em reintegração no emprego.

A primeira dúvida, portanto, face aos termos do dispositivo constitucional, é se permanece, ainda, o direito à estabilidade definitiva no emprego, à qual se referia, expressamente o Art. 165, inciso XIII, da EC n.º 1, de 1969, e as Constituições anteriores desde a de 1946 (Art. 157, inciso XII) (1).

A Constituição nova, por outro lado, vedando o que chama de "despedida arbitrária", parece havê-la equiparado à despedida sem justa causa, ao usar a conjunção "ou", que tanto pode designar alternativa ou exclusão, como coisas semelhantes (v. Novo Dicionário do Aurélio).

Tradicionalmente, porém, os conceitos são distintos. A dispensa "sem justa causa" corresponde à resilição unilateral do contrato de trabalho, por iniciativa do empregador, usando o seu direito potestativo de despedir, sem que o empregado houvesse dado justa causa para tanto, cometendo uma das faltas graves previstas no Art. 482, da CLT.

Ao passo que o conceito de "despedida arbitrária", inspirado na Convenção n.º 158, de 1982, da OIT, e introduzido pela primeira vez na legislação trabalhista do Brasil pela Lei 6.514, de 22.12.77, que deu nova redação ao Capítulo V, do Título I, da CLT, consistia na despedida "que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro" (Art. 165, **caput**, consolidado). Segundo o disposto no parágrafo único, do mesmo artigo, o empregador que despedir arbitrariamente o membro da CIPA, representante dos empregados, ficará obrigado a comprovar, se houver reclamação à Justiça do Trabalho, a ocorrência de qualquer dos motivos para a dispensa mencionada no **caput** do dispositivo legal, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado. A "despedida arbitrária", pois, correspondia não apenas àquela praticada pelo empregador sem que o empregado houvesse cometido falta grave, como também à que fosse feita, sem motivo técnico, econômico ou financeiro. Em outras palavras, havia despedida legalmente justificável do empregado membro da CIPA, quando este cometesse falta grave, hipótese em que havia motivo disciplinar, ou quando a empresa tivesse razões de ordem técnica, econômica ou financeira para despedí-lo, judicialmente comprováveis.

Ao equiparar os dois conceitos (2), parece que o constituinte de 1988, adotando a orientação da OIT e das legislações européias mais avançadas, quis limitar o direito de despedir do empregador, para admití-lo somente nas hipóteses do Art. 165 consolidado, mediante "indenização compensatória" que, até que seja promulgada a lei complementar que a regulamentará, foi limitada a 40% dos depósitos do FGTS feitos na conta vinculada do empregado ou individualizada em nome da

---

(*) Trabalho apresentado no 2.º Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho, promovido pela LTr Editora, e realizado em São Paulo, de 25 a 27.11.88.

(**) **José Ajuricaba da Costa e Silva** é Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Professor da Faculdade de Direito da UFPE e do Dept.º de Direito da UnB.

(1) A. MASCARO DO NASCIMENTO entende que não há mais estabilidade considerando que houve um recuo na nova Constituição, suprimindo a estabilidade plena e restabelecendo a indenização, que será devida ao optante ou não do FGTS (**in** "Repertório IOB Jurisprudência", n.º 20/88, 2/1822). Também o advogado ROBERTO DORNAS, em "Empresas, Empregador e Empregado na Nova Constituição", p. 6.

(2) A. MASCARO NASCIMENTO, porém, considera que a nova Constituição não equipara os dois conceitos, pois se refere às duas figuras, o que faz supor que a "despedida arbitrária" contempla hipóteses mais amplas do que a "dispensa sem justa causa" (op. cit.).

empresa, ou de 20% nas hipóteses de culpa recíproca ou força maior, como previsto no Art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que faz remissão ao Art. 6.º, **caput**, e § 1.º, da Lei 5.107/66.

Se o empregado não era optante pelo FGTS, a indenização compensatória corresponderá à indenização de antigüidade dos Arts. 477/479, da CLT, diz a Instrução Normativa nº 1, de 12.10.88, do Ministério do Trabalho, ou à do parágrafo único do art. 16, da Lei nº 5.107/66, para aquele que não tiver um ano de serviço.

Nada, porém, pode ser afirmado categoricamente, por enquanto, a respeito desta matéria, pois a doutrina ainda é escassa e a jurisprudência, sobretudo a do STF, que dará a última palavra sobre o assunto, por se tratar de interpretação de texto constitucional, é inexistente.

Feita esta ressalva, considero a "dispensa arbitrária" e a "dispensa sem justa causa" como um só e mesmo conceito, segundo a nova Constituição.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 INSTITUIU O FGTS COMO REGIME ÚNICO PARA TODO EMPREGADO?

A Constituição de 1946, a primeira do Brasil que reconheceu o direito do trabalhador à estabilidade no emprego, prescrevia em seu Art. 157 e inciso XII:

> "Art. 157 — A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:
>
> ....
>
> XII — estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir."

A Carta de 1967, em seu Art. 158, inciso XIII, assegurou aos trabalhadores, **verbis:**

> "XIII — estabilidade, com indenização, ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente."

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, por sua vez, em seu Art. 165, inciso XIII, manteve, **ipsis literis**, a garantia do Art. 158, inciso XIII, da Constituição de 1967.

"A nova Carta, porém, só fala da "estabilidade provisória" do candidato ou dirigente eleito de sindicato (Art. 8º, inciso VIII), do empregado eleito para cargo de direção de CIPA e de empregada gestante (Art. 10, inciso II, alíneas "a" e "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)." Em seu Art. 7º, que relaciona os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, trata da "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa", prevendo, porém, a "indenização compensatória dentre outros direitos", para a hipótese de sua violação e não a reintegração (inciso I), e no inciso III assegura o "fundo de garantia do tempo de serviço", sem nenhuma outra alternativa. Como no **caput** do artigo este e os outros direitos sociais são assegurados aos "trabalhadores urbanos e rurais", parece-me razoável concluir que a estabilidade plena foi substituída pelo FGTS, sendo este aplicável a todos os trabalhadores, inclusive aos rurícolas, além da indenização compensatória e outros direitos, previstos no inciso I, do mesmo Art. 7.º. Esta indenização, enquanto não for regulamentada por lei complementar, corresponderá a 40% (quarenta por cento) dos depósitos para o FGTS feitos na conta vinculada em nome do empregado ou da conta individualizada em nome da empresa, ou 20% (vinte por cento) em caso de culpa recíproca ou força maior, **ex vi** do disposto no inciso I, do Art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A prevalecer este entendimento teremos, doravante, cumulativa e não alternativamente, os regimes da indenização compensatória e o do FGTS, como proteção ao emprego para todos os trabalhadores, desaparecendo, outrossim, a antig[a] opção por este último regime, que se tornou des[necessária].